PEL SIGNOR

D. SAVINO PASCULLI

NELLA

CORTE SUPREMA DI GIUSTIZIA

INDICE

Cenno de' fatti.

Nel 1825 Savino Pasculli essendo inteso ad ingrandire un fabbricato nella città di Foggia, che il barone Vitale venduto aveva nel 1806 al signor D. Pietro la Greca, cui posteriormente era egli succeduto come socio nella censuazione fatta a Bucci, appoggiò de' pilastri alle fondamenta di un muro, che una sua stalla dal fabbricato degli eredi Rota separava.

Nel 10 novembre di quell' anno il signor Giuseppe Santoro, uomo sopra ogni altro a litigj inchinevole, colla veste di amministratore de' beni degli eredi Rota, si fè a dimandare al Regio giudice di quel circondario, che inibisse a Pasculli il prose-

guimento dell' opera intrapresa, siccome quella, che grave pregiudizio recava allo stabile degli eredi Rota, e non lieve attentato alla di loro proprieta; poichè Pasculli erasi fatto ardito di poggiar delle fabbriche alla parte superiore del muro laterale, che esclusivamente ad essi eredi si apparteneva.

Il Regio giudice ordinò a Pasculli di soprassedere; ma poscia invitato a spiegare le ulteriori provvidenze di giustizia dichiarò la sua incompetenza.

Fu perciò d' uopo a costui adire il tribunal civile di Capitanata, perchè dichiarasse a suo favore il diritto di proseguire le opere incominciate. Essere il muro, al quale ei intendeva appoggiare le nuove opere, comune cogli eredi Rota; raccogliersi manifestamente ciò dall' istrumento di compra interceduto tra il barone D. Vito Vitale, ed il signor Nicola Maria Rota, da cui essi eredi avevan causa, nel 28 dicembre 1796: di tali argomenti facevasi scudo Pasculli nel chiedere al tribunale la facoltà di continuare gl' interrotti lavori.

Il tribunale in contumacia degli eredi Rota con sentenza de' 7 gennajo 1826 dispose, che con perizia si verificasse:

1. Se le novità in disputa occupavano il muro divisorio degli eredi Rota.

2. Se questo muro fosse comune con Pasculli, ovvero di esclusiva proprietà di coloro; nel qual caso ordinò, i periti vedessero qual ne fosse il valore, ed il prezzo a pagarsi da Pasculli, quando avesse voluto renderlo comune; non che i confini a serbarsi in questa comunione, perchè aggravio non tornasse ad alcuno.

3. Se i pilastri, che dicevansi cavati da Pasculli a piè del muro laterale, offendessero in alcuna guisa la vigoria del muro stesso.

Si opposero gli eredi Rota a siffatta sentenza millantando ad essi esclusivamente appartenersi la proprietà di quella parte del muro, per virtù di privata dichiarazione del barone D. Vito Vitale, la quale segnava l'epoca del 10 ottobre 1805. Eccone i termini:

« Con la presente come se fosse pubblica scrit-
» tura si dichiara da me sottoscritto Vito Vitale di Car-
» bonara, che avendo con pubblico istromento stipulato
» dal notajo D. Michele Taliento di questa città di Fog-
» gia il 18 dicembre 1796 venduto a beneficio di D.
» Nicola Maria Rota anche di Foggia 10 stanze supe-
» riori con cucina, trattoria e con fondaco al di sotto,
» sito strada S. Domenico, mi riserbai il diritto sul-
» la porzione del muro laterale, che corrisponde sul-
» la stalla, della lunghezza di palmi 38 e dell'altezza

» di palmi 18 e grosso palmi 3. E siccome non mi
» torna più conto conservare il suddetto diritto tanto
» più che nel descritto muro vi è una finestra aper-
» ta molti anni prima che avessi venduta detta tratto-
» ria ad esso signor Rota; così ho risoluto vendere ed
» alienare, come colla presente vendo ed alieno al
» detto D. Nicola Maria Rota, suoi eredi e successo-
» ri, la cennata porzione di muro con tutti li dirit-
» ti azioni, e servitù per lo convenuto e fra noi sta-
» bilito prezzo di duc. 43, che dichiaro di aver ri-
» cevuto in tante monete effettive e di argento, po-
» tendo il signor Rota da questo momento fare in
» detto muro altre aperture, e finestre, senza che io
» o i miei eredi e successori potessero impedirglie-
» lo -- Foggia 10 ottobre 1805. Il barone Vito Vitale.

Questa privata scrittura, colla quale il barone Vitale dichiarava, nella vendita fatta a D. Nicola Rota addì 18 dicembre 1796 aversi riservato il dritto sulla porzion del muro laterale corrispondente sulla stalla, e che ora diveniva a vendere; per manifestissimi indizj appariva l'opera della frode e dell'inganno; resistendole apertamente quel contratto in essa rammentato del 18 dicembre 1796, in cui il barone Vitale vendeva a D. Nicola Rota due lamioni e 10 stanze superiori *con tutte e singole ragioni*, *azioni*, *ed*

intiero stato, senza aversi riserbato oltre del patto di ricompra fra 10 anni, *veruno jus o ragione*; e resistendole benanche l'istrumento del dì 18 giugno 1806, col quale lo stesso barone vendette a D. Pietro la Greca tutto il rimanente di quel fabbricato, di cui una parte ora appartiene a Pasculli, senza che vestigio alcuno di servitù costituita in danno di quei fondi vi si scorgesse.

Il Pasculli, cui non ricorse mai in pensiero, che il barone Vitale avesse parte nella frode; impugnò di falso incidente la firma di lui posta in piè di quella dichiarazione: i motivi del falso furono accolti, il giudizio si compiette; ma, o che il barone non fosse stato realmente a parte dell'inganno; o per uno di quelli avvenimenti non rari negli annali del Foro, i periti calligrafi ritennero, che vera fosse la firma apposta a quella dichiarazione.

Rimasero così le cose, quando a capo di quattro anni gli eredi Rota chiedettero al Tribunale dichiararsi verificata quella carta, e provvedersi sul le opposizioni.

Il tribunale con sentenza del 5 settembre 1832 fece dritto alla loro dimanda, e rivocando la contumaciale ordinò, ritornasse Pasculli le cose nello stato primiero, salve restando le sue ragioni per render comune il muro, da farle valere in altro giudizio.

Si appellò Pasculli di questa sentenza; perchè, comunque avesse voluto ravvisarsi la firma del barone Vitale in quella posta in piè della dichiarazione prodotta dagli eredi Rota; non poteva da essa altro raccogliersi, se non che la parte superiore del muro ad essi eredi si appartenesse. Ma questa circostanza non menomava punto i suoi diritti per la parte inferiore del muro, che era comune con lui per confessione dello stesso Santoro, che gli eredi Rota rappresentava; non che per acquistar la comunione della parte superiore, in forza dell'articolo 582 delle LL.CC.

La G. C. civile di Napoli con sua decisione del dì 22 giugno 1832 dispose, che si fosse proceduto ad una perizia per conoscersi, se il muro in disputa poteva rendersi comune, e qual rimborso da Pasculli si dovesse.

I periti avendo misurato il muro, osservato esservi due finestre di palmi 3 in quadro, e misurato la distanza fra loro, all'unanimità opinarono, che il detto muro potesse rendersi comune a Pasculli, colla facoltà di edificare in contiguità dello stesso sino alla sua sommità, la mercè del rimborso della metà del suo valore in duc. 53, 08.

Ma la Gran Corte non contenta di questa perizia, con sua decisione del dì 21 giugno 1833 ne ordinò una seconda; perchè si facesse ben noto di

qual natura si fossero le finestre sistenti nel muro degli eredi Rota, se cioè di prospettiva o di lume ingrediente, e se vi fossero cantoni di pietra dura; e finalmente se le medesime fossero per rimanere in tutto o in parte oscurate dalle fabbriche, che Pasculli vi avrebbe appoggiate.

Questa seconda perizia ebbe i seguenti risultati: che le finestre sistenti nel muro in quistione potevan meglio appellarsi vani di luce, poichè elevate dal pavimento delle camere degli eredi Rota, per palmi 10 e tre quarti in una di esse, e per palmi 10 nell'altra: che nelle stesse stanze eranvi altre due finestre, della lunghezza la prima di palmi 3, ed altezza palmi 3 e 1/2; e la seconda della lunghezza di palmi 5, ed altezza di palmi 2 e 1/2, coeve alla costruzione del muro: che le due finestre in contesa, ossia vani di luce, andavan riguardate come de' lumi ingredienti, massimamente perchè eccedevano nella loro elevazione la misura dalla legge limitata a palmi 7 e 1/2: che gli anzidetti vani di luce non potevano in alcuna guisa considerarsi per finestre di prospettiva, poichè, oltre l'altezza già enunciata, la quale escludeva ogni veduta, non eranvi nè cantoni di pietra dura di assetto, nè architrave, nè travertino, nè sporto alcuno.

Per coteste ragioni i periti furon d'avviso, che Pasculli ben poteva render comune il muro in tutta la sua larghezza e lunghezza, fino alla sommità del tetto con facoltà di appoggiarvi nuove fabbriche, pagando la metà del suo valore in duc. 53. 08 secondo la precedente perizia.

La nimia diligenza, colla quale i periti adempirono l' uffizio loro commesso dalla G. C. civile, con apposite osservazioni su tutti e ciascun rilievo dalle parti presentato, fu accagionata per gli eredi Rota di parzialità, e di arbitrio: e noi vogliam rammentare le principali tra le imputazioni appiccate a quella perizia, perchè *crimine ab uno* si apprendano le altre tutte, che un pensiero di dispetto seppe dettare agli eredi Rota, o meglio a Santoro.

Apposero a colpa de' periti lo aver detto, che le stanze non rimanevano oscurate per la chiusura delle due finestre in disputa, perchè altre due ve n' erano; in vece di rispondere, se le nuove fabbriche volevansi elevar da Pasculli, oscurar potessero in tutto o in parte l'abitazione di Rota; e dimenticando dire, che le altre due erano de' finestrini sulle quinte del tetto, destinati alla ventilazione delle suffitte. Ma chi non iscorge, che nella proposizione de' periti assai ben comprendevasi la risposta, di cui gli eredi

Rota eran vaghi? Poichè, se per la chiusura delle finestre in disputa dissero i periti non rimanere oscurate le stanze, attesa l'esistenza di altre due finestre; non era forse per ciò detto, che le nuove fabbriche, volevansi elevare da Pasculli, non avrebbero oscurata l'abitazione di Rota? Altra differenza non v'era tra queste due proposizioni, se non quella che intercede nel dire: le stanze non sono oscurate dalle fabbriche; le fabbriche non oscurano le stanze.

In quanto poi alla qualità delle altre due finestre assai avevan detto, quando indicata n'ebbero la misura; nè potevano sicuramente dire, che fossero de' finestrini destinati alla ventilazione delle suffitte, e che niuna luce emettevano come gli eredi Rota desideravano; perchè tali dir non potevano delle finestre, l'una delle quali avea la lunghezza di palmi 3 e l'altezza di palmi 3 e 1/2; e l'altra l'altezza di palmi 2 e 1/2 e la lunghezza di palmi 5.

Altra imputazione, di cui gli eredi Rota andaron accagionando quella perizia, si fù, per avere i Periti definite per lumi ingredienti le finestre in quistione; le quali per altro eccedevano di molto nella elevazion dal pavimento la misura dalla legge fissata.

E queste imputazioni essi soggiunsero, che fa-

cevanle quasi per intramessa, mentre stava per essi la concessione della servitù del lume loro fatta fin dal 1805 sì per le finestre già esistenti, come per altre che piacesse aprire; per la scrittura privata del 1805, dichiarata vera da un giudicato, del barone D. Vito Vitale, da cui avea causa ancora Pasculli.

Negò fermamente Pasculli la servitù del lume, che gli eredi Rota millantavano, perchè non roborata da alcun titolo; non potendo opporsi come tale la scrittura unilaterale del 1805 contro di lui che era un terzo; se non dal giorno del registro, cioè del 19 dicembre 1825.

D'altra banda gli eredi Rota credettero di aver bastantemente mostrato, che Pasculli era un avente causa da Vitale comunicando due istromenti; il primo del 18 giugno 1806, col quale Vitale vendette a D. Pietro la Greca i fondaci in quistione, e l'altro dei 4 aprile 1818 con cui Pasculli fu associato da Bucci nella censuazione de' fondaci medesimi fattagli da la Greca.

La G. C. civile di Napoli mettendo in non cale i fatti assicurati da replicate perizie, e violando in più maniere manifestamente la Legge, dichiarò, che il muro in controversia non era soggetto alla comu-

nione chiesta da Pasculli, e rigettò l'appello di costui condannandolo alle spese del giudizio.

Noi recherem per intero i ragionari della G. C. civile, perchè non abbiansi a credere esagerate le aberrazioni, in cui essa è caduta.

§. I. Testo della decisione impugnata.

QUISTIONI

1.ª Il muro, per lo quale si controverte, è di assoluta proprietà di Santoro?

2.ª Nell'affermativa. Può il vicino renderlo comune, malgrado vi fosse stabilita una servitù con iscrittura riconosciuta?

SULLA PRIMA

» Atteso che non può dubitarsi, che il muro,
» di cui è quistione, appartenga esclusivamente a
» D. Giuseppe Santoro. Le varie perizie all'oggetto
» ed i documenti esibiti sono elementi sufficienti per
» istabilirvisi la proprietà esclusiva del muro in con-
» tesa; ma a tali elementi si aggiungono le ripetite
» decisioni della Gran Corte, che dichiarano l'ap-

» partenenza del muro a favore di colui che la so-
» stiene.

SULLA SECONDA

» Atteso che un muro non comune, ma conti-
» guo al fondo altrui, secondo l'articolo 582 LL. CC.,
» può rendersi comune. La quistione attuale però è
» tutt'altra, ed è precisamente quella, se possa ren-
» dersi comune, ad onta della servitù costituitavi
» col mezzo di una scrittura riconosciuta.

» Atteso che riunendosi que' dati di fatti, che
» alla contesa influiscono; si ha, che il barone
» Vitale possessore dell' intiero comprensorio di ca-
» se alienò nel 1796 parecchie camere al signor Ro-
» ta, da cui ha causa l'attuale Pasculli nella ven-
» dita si riservò il dritto del muro in controversia:
» si ha del pari che nel 1805 l'istesso barone Vitale
» alienò allo stesso Rota il muro riserbatosi, e si
» espresse nella scrittura privata potersi fare dal novel-
» lo acquirente altre aperture: è pure sicurezza, che
» tale foglio a doppio venne attaccato col falso inci-
» dente, e dietro della perizia ordinata, ed eseguita,
» risultò vera la firma del venditore. Finalmente è
» pure indubitato per corollario dello stabilito col
» foglio di vendita del muro quistionato, che aper-

» ture vi erano le quali colla chiesta comunione do-
» vrebbe chiudersi.

» Atteso, che il muro, che si vuole render co-
» mune, dalle premesse si ha che abbia de' lumi in-
» gredienti, e non può senza offendere il dritto del
» domino rendersi comune, poichè i lumi rinvenu-
» tivi non sono di quella natura di cui parla l'artico-
» lo 597 LL. CC., non avendo inferriate ed invetria-
» te fisse; ma sono di quella natura, che induce
» servitù, e ciò a prescindere, che vi si ritrovano pri-
» ma che il Codice vigente si fosse pubblicato, e
» perciò nel caso vi si deve applicare la legge pree-
» sistente, e quindi le consuetudini Napolitane, le
» quali rispettavano le servitù de' lumi sul fondo al-
» trui, per Napoli; e per le provincie vigevano sul
» particolare le leggi Romane, e precisamente la L.
» I §. 25. D. *De serv. praed. urb.*

» Atteso, che finalmente l'esercizio del dritto
» di render comune un muro rimane interdetto, al-
» lorchè vi sono delle servitù costituite: dalle perizie
» istesse, per quanto potessero esser favorevoli a chi
» chiede la comunione, si rileva la esistenza delle
» finestre, senza invetriate fisse; quindi risulta, che
» colla esistenza della servitù costituita il muro non
» può rendersi comune, perchè il dritto acquistato
» verrebbe ad essere concusso. Sarebbe un'attentare

» impunemente l' altrui proprietà; se il Magistrato
» permettesse, che il domino di un muro, al qua-
» le vi sieno de' lumi, e quindi delle servitù acqui-
» state per mezzo di un titolo per render comodo al
» vicino, gli chiudesse rendendo deteriore il suo
» stabile.

» Per tali motivi la G. C. civile diffinitivamen-
» te pronunziando sull' appellazione prodotta avver-
» so la sentenza del Tribunal civile di Capitanata
» del dì 5 febbrajo 1831 annulla l' appello, e ciò di
» cui è appello, e con novella decisione dichiara,
» che il muro, di cui è contesa, è di assoluta pro-
» prietà di D. Giuseppe Santoro, non soggetto alla
» comunione chiesta da D. Savino Pasculli; quindi
» rigetta la di costui dimanda, ed ordina che tutto
» l' innovato sia ridotto allo stato primitivo.

» Condanna Pasculli alle spese del giudizio da
» liquidarsi a norma del rito.

» La esecuzione ai primi Giudici.

§. II. Somma de' mezzi di annullamento.

I mezzi di annullamento, che da Pasculli pro-
pongonsi a censura della decisione, van racchiusi
nelle seguenti proposizioni:

I. La Gran Corte nell' aver dichiarata la esclu-

siva appartenenza del muro in contesa a favor degli eredi Rota, fondandosi sulla privata scrittura del barone Vitale, ha violato l'art. 1282, ha fallacemente applicato l'art. 1276, ha trasgredito l'art. 2081 LL. CC.; ha contradetto il fatto permanente. *

II. Dichiarata anche la esclusiva appartenenza del muro in favor degli eredi Rota, la Gran Corte negando a Pasculli il dritto alla reclamata comunione, perchè eranvi delle finestre senza invetriate fisse, ha violato l'art. 582, ed erroneamente interpetrato l'art. 597 LL. CC. **

III. In fine quando ha tolto a Pasculli sino il dritto ad acquistar la comunione del dippiù del muro, ove finestre non v'erano, ha violato l'art. 582 LL. CC. ***

* Mezzi I, II, III, IV, V del ricorso per annullamento.
** Mezzo VI.
*** Mezzo VII.

Sviluppo de' mezzi di annullamento racchiusi nella prima proposizione.

§. III. L'acquirente di una cosa per virtù di un atto è *un terzo*, in riguardo all'acquirente della cosa stessa o di parte di essa per virtù di altro atto derivante dallo stesso venditore: e per conseguenza si fa luogo in suo favore all'applicazion dell'art. 1282 LL. CC.

Opponeva Pasculli, che quella privata unilaterale scrittura del 1805 non avea a fare stato contro di lui relativamente all'appartenenza del muro in contesa; perchè egli era un *terzo* a fronte degli eredi Rota, e contro i terzi la data delle scritture private non si computa, che dal giorno, in cui son divenute certe o pel registro, o per la morte del loro autore. Che nella specie, o voleva risguardarsi l'epoca del registro, che fu quella del 1825, o quella della morte del barone Vitale, che avvenne nel 1810; ne risultava sempre, che quella dichiarazione fatta sarebbe da colui, che non era più proprietario dell'altra parte dell'edificio venduta alla Greca (a cui poi fu associato Pasculli nella censuazione) nel 1806.

La G. Corte nè molto nè poco interloquisce su questa deduzione di Pasculli, e ritenendo, che costui fosse un avente causa da V itale, oppone contro di

lui quella privata scrittura del 1805 non registrata prima del 1825, per indi dichiarare l'esclusiva appartenenza del muro in favor degli eredi Rota.

Una sola osservazione basta ad appalesare, quanto sia stata enorme la violazione della legge commessa dalla G. C. nel così giudicare. E si è appunto quella, che la quistione, sulla verità della data dell'atto, non già tra il venditore e gli acquirenti, ma tra i due acquirenti si risveglia: or siccome costoro non sono intervenuti nell'atto da ciascuno di essi rispettivamente stipulato; l'atto passato tra uno di essi ed il venditor comune *est res inter alios acta* a fronte dell'altro, e viceversa; e quindi ciascun d'essi è *terzo* nel vero significato di questa parola in riguardo all'altro, che col venditor comune in un atto separato ha contrattato.

Ciascun di essi, è vero, è avente causa del venditore; ma ne' limiti però del suo rispettivo contratto; l'uno a fronte dell'altro non sono più aventi causa, ma *terzi* nel senso dell'art. 1282.

Questa distinzione, sì naturale e conforme ai principii di tutti i tempi sull'effetto delle convenzioni a fronte de' terzi, è indicata dal Molineo sulla consuetudine di Parigi, dal quale per la voce del Pothier è passata ne' nuovi Codici: *Quoad jus et effectum actus*

gesti, quaeritur, aut inter quos confectus est, eorum heredes vel causam habentes, IN QUANTUM CAUSAM HABENT, aut inter penitus extraneos.

Non neghiamo, che il TOULLIER abbia, in una dissertazione addizionale al vol. VI e VIII della sua opera, sostenuta la contraria sentenza, cioè che più acquirenti siano ciascuno a fronte' dell' altro aventi causa del venditor comune; ma dobbiam dir di lui, che: *Quandoque bonus dormitat Homerus.* Ed in vero la sua opinione fu vittoriosamente contraddetta dal MERLIN, dallo SPINNAEL, dal DU CARROY, e da altri molti. Imperciocchè i suoi ragionari peccano nel principio; cioè di supporre per fatto non contrastato nel caso di due venditori, che la vendita sotto firma privata, secondo la sua data indica, sia anteriore alla vendita fatta con atto autentico; quando in ciò appunto risedeva la quistione; se cioè la vendita sotto firma privata di una data anteriore all' ultima, ma non registrata, avesse a prevalere all' atto autentico. Noi per non dilungarci in una materia, sulla quale tanti insigni uomini hanno scritto; rechiamo le parole del DU-CAURROY, che ogni dubbiezza dileguano sul proposito.

Una obbligazione si contratta ordinariamente fra due individui. Vi son sempre due persone al-

meno, che prendono parte ad un atto obbligatorio, e sono le parti. E per opposizione alle due parti, che figurano in una obbligazione, o in una istanza, gli estranei sono delle persone terze, o *de'* terzi. *E in questo senso che si è sempre detto:* res inter alios acta aliis nec prodesse, nec nocere debet. *Nondimeno noi siamo spesso tenuti di rispettare, ed ancora di eseguire le obbligazioni di un' altra persona, quando succediamo a tutti, o a parte de' dritti, che essa avea. Nel primo caso, tenuti a compiere come la persona stessa tutte le sue obbligazioni, noi saremmo senza interesse a distinguere l' epoca delle obbligazioni e per conseguente la data degli atti. Ecco perchè l' articolo* 1322 *assimila alle parti contraenti i loro eredi rispettivi. Spesso per lo contrario, gli atti del nostro autore, lungi di essere obbligatorii contro di noi, non hanno riguardo a noi che una forza relativa, secondo l' epoca in cui sarebbero stati fatti; donde nasce sulla data degli atti privati la disposizione dell' art.* 1328. *I* terzi *adunque di quest' articolo sono tutte le persone estranee alla confezione di un atto, ma interessate a far costare, che esisteva l' atto prima di tale o tal' altra epoca; ed affinchè questo interesse e-*

sista, *è necessario che noi siamo succeduti in u-na maniera qualunque ai diritti de' contraenti*, *o di uno di essi*, *poichè gli estranei*, *i* terzi, *che resterebbero sempre tali* , *sono troppo indifferenti agli atti*, *che essi non hanno sottoscritti*, *perchè l' art.* 1328 *abbia dovuto provvedere alla loro garentia. I terzi*, *riguardo ai quali si distingue*, *sono coloro che han cessato di esserlo* , *e che succedendo ad una delle parti divengono per certi riguardi*, *e per tutto ciò che è preceduto*, *i suoi* aventi causa. *Il marito è l' avente causa della moglie*, *l' acquirente è l' avente causa del precedente proprietario*; *ma riguardo agli atti sottoscritti nella loro assenza*, *il marito*, *ed il proprietario attuale non sono originariamente che* de' terzi ; *e precisamente perchè essi divengono* aventi causa , *come ancora perchè lo divengono solamente a contar dal matrimonio* , *a contar dalla vendita*, *è perciò*, *diceva* , *che l' art.* 1328 *fissa a lor riguardo la data degli atti.*

Ma che significherà adunque nell' art. 1322 *questa medesima espressione di* avente causa? *Senza dare a questa parola un senso assoluto* , *cerchiamo nella legge stessa il senso relativo*, *che debbe avere rapporto ad altre espressioni meno vaghe.*

Vediamo perchè l' art. 1322 *riunisce in una sola e stessa disposizione gli* eredi, e gli aventi causa. *É forse per assimilar fra loro il successore universale, e particolare, che si è sempre opposto l'uno a l' altro? E solamente per non separar differenti successori universali, i quali propriamente parlando non sono eredi? Una definizione ha fondato nel primo senso tutto il sistema di* TOULLIER. *Allorchè considero il motivo, che fa assimilare alle parti contraenti i loro eredi rispettivi, io mi credo ben poggiato a vedere negli aventi causa che si assimilano agli eredi, le persone che simili in questo punto agli eredi propriamente detti, non hanno verun interesse reale a distinguere la data degli atti che son tutti egualmente obbligatorii per loro. In una parola le persone, di cui parla l' art.* 1322, *sono degli* aventi causa *propriamente detti, perchè essi hanno* universam causam. *Tali sono i successori irregolari, cioè a dire, il figlio naturale, il conjuge superstite e lo stato, a cui la legge trasmette i beni senza accordare nè il possesso, nè il titolo di erede legittimo,* (724, 756, 770, 771, 773,), *tali sono ancora i donatarii de'beni futuri* (1085) *i legatarii a titolo universale* (1012), *tali sono i*

parenti immessi in possesso de' beni di uno assente. (134). *

E con maggior precisione e lucidezza, a parere di Merlin ** la discorre un anonimo giureconsulto, la cui autorità è riferita nella Themis. ***

» *L' avente causa, dice* Toullier, *è quello a cui i diritti di una persona sono stati trasmessi a titolo particolare, come per legato, donazione, vendita.* »

Quindi nel concorso di due vendite del medesimo immobile a due persone differenti, queste due persone non possono essere considerate simultaneamente come due aventi causa, poichè lo stesso oggetto non può appartenere nel tempo stesso all' uno ed all' altro; e per conseguenza è voler decidere la questione colla stessa questione il presentare i due acquirenti come due aventi causa; un solo lo è, ed è colui che verrà riconosciuto come vero acquirente e proprietario.

Se dunque l' acquirente sotto firma privata pretende alla priorità per la data del suo acquisto, per ciò solo egli vuole, che si consideri co-

* V. la Themis del giureconsulto vol. III pag. 64 a 65.

** Quistioni di dritto, vol. XVI, par. *Terzo* §. 2.

*** Tom. V. pag. 18.

me avente causa; egli non vuol più conseguentemente attribuire all' acquirente per atto autentico una qualità che attribuisce a se stesso, altrimenti sarebbe riconoscere la sua qualità di proprietario. Così in questa lutta l' acquirente con atto autentico non è che un terzo, che contesta all' altro la sua qualità d' avente causa, e che può conseguentemente invocare contro di lui le disposizioni dell' art. 1328.

Se egli fa decidere, che queste disposizioni gli sono applicabili, allora diverrà l' avente causa, ma in quanto al presente non è che un terzo in faccia all' altro acquirente, e l' art. 1322 *non potrebbe apporglisi.*

In somma, non vi può essere che un solo avente causa, ed è quello de' due che sarà riconosciuto proprietario esclusivamente all' altro; e quindi, finchè la questione resterà indecisa, non saranno che due terzi *che si contrasteranno la qualità d' aventi causa, e di cui l' uno potrà conseguentemente opporre all' altro le disposizioni dell' articolo* 1328. *

La mia opinione (ascoltate infine le parole di Merlin) *presta solamente il mezzo di mettere l' ar-*

* Thémis, vol. V. pag. 18 a 19,

ticolo 1322 in armonia non solamente coll' art. 1328 nel quale bisogna ritenere, o di buona o di male voglia, che gli aventi causa, i quali non fondano il lor dritto su di un titolo comune, son compresi rispettivamente l'uno all'altro sotto la denominazione di TERZO; *ma di più coll' art. 1743, in cui di due aventi causa dal medesimo proprietario che reclamano per titoli differenti il godimento temporaneo del medesimo fondo, quegli, il quale non ha se non un atto sotto firma privata senza data certa, è obbligato di cedere a colui il quale si fonda su di un atto di cui la data è certa.* *

Da ultimo possiam conchiudere colle parole di MERLIN: *Non v' ha alcun arresto che abbia adottata l' opinion di* TOULLIER; *ma ve n' ha molti, che la contraria sentenza hanno sanzionato.* Ed invero per tacer di quello della Corte di appello di BRUXELLES del 15 novembre 1809, ** di quello della Corte Reale di NISMES del dì 11 febbrajo 1822, *** di quello della Corte di Cassazion della FRANCIA del

* Repertorio. Voc. Terzo §. II.

** V. Dècisions notables de la Cour de BRUXELLES, vol. XVIII. pag. 196.

*** Iurisprudence de la Cour de Cassation, vol. XXIII, Part. II. pag. 135.

dì 27 maggio 1823, * celebratissimo è quello della Corte Reale di Rouen del 12 aprile 1825, confermato dalla Corte di Cassazion della Francia con arresto del dì 20 febbrajo 1827, ** nel quale gli sposti principii vennero solennemente proclamati.

Or tornando alla nostra causa, la G. C. Civile come dicevamo in sul cominciare, non fa neppure un motto sulla grave quistione, se mai quella privata dichiarazione del barone Vitale colla data del 1806 non venuta certa che nel 1810 per la morte di Vitale, o nel 1825 pel registro, poteva fare stato contro di Pasculli, che era un terzo in faccia al Santoro che di quella scrittura si prevaleva, e se quindi riusciva inapplicabile la disposizione dell'articolo 1276 LL. CC.; ed essa crede ripianare ogni difficoltà col dire, che il barone Vitale era l'autor comune degli eredi Rota e di Pasculli; mentre in ciò appunto risedeva la quistione, se essendo il barone Vitale l'autor comune dei due acquirenti, l'uno in faccia all'altro si fosse un avente causa, o pure un terzo.

Ma il suo peccato si rende più grave in considerare, che e le teoriche degli scrittori, e la giu-

* Journal des audiences de la Cour de Cassation anno 1823, pag. 294.

** Jurisprudence de la Cour de Cassation, vol. XXVII, pag. 135.

risprudenza de' Tribunali della Francia si vede eretta in legge presso di noi nell'art. 2081 LL. CC., sicchè ogni dubbiezza è dileguata; mentre nel citato articolo precisamente perchè tra due aventi causa dallo stesso autore con titoli diversi l'uno si considera come un *terzo* relativamente al titolo dell'altro, vien preferito colui che giustificasse il suo acquisto con iscrittura autentica, o con atto privato che abbia data certa. Eccone i termini:

» Se taluno venda a due persone lo stesso fon-
» do in tempi diversi, il primo compratore, giusti-
» ficando il suo acquisto con iscrittura autentica o
» con atto privato che abbia data certa, sarà sempre
» preferito al secondo, tuttochè questi sia stato più
» sollecito a trascrivere il suo titolo. Sarà salvo sol-
» tanto al secondo compratore il diritto di agire con-
» tra il venditore come stellionario, e per essere ri-
» fatto dal medesimo di ogni danno, ed interesse.

La disamina di cotal quistione era assorbente, mentre ove Pasculli si fosse riguardato qual *terzo*, non riuscendo allora applicabile la disposizione dell'art. 1276 LL. CC., ma invece dovendo applicarsi l'art. 1282, niun pregiudizio sarebbe tornato a lui da quella dichiarazione, la cui data si troverebbe certa dopo l'anno 1810, epoca della morte di Vitale, o dopo il 1825 epoca del registro.

Ma che diremo dell' error di fatto, in cui è caduta la Gran Corte, dicendo, che Pasculli aveva causa da Rota? Forse se avesse ricordato, che Pasculli non da Rota, ma da la Greca aveva causa, un diverso giudizio avrebbe emesso.

Il giudizio sul falso incidente, con cui fu impugnata per Pasculli la firma del barone Vitale, niente avea che fare colla data; nè puossi dare sicuramente alla firma del barone Vitale, per opera del giudicato che l' ha dichiarata vera, un' effetto, che non avrebbe operato, se non fosse stata impugnata di falso. Infatti, se mai non si fosse disputato sulla verità della firma; ma si fosse soltanto quistionato sulla certezza della data, e per conseguente se Pasculli avesse a considerarsi come un avente causa od un terzo; avrebbero mai osato gli eredi Rota dire a Pasculli: la firma apposta in quella dichiarazione è vera; e per conseguente voi siete un *avente causa*, e non un *terzo*. Oltre che la quistione sulla data non s' impegna nel vedere, se veramente il barone Vitale abbia apposta quella data; ma se tale essendo la data, abbia essa a stare contro di Pasculli dal giorno che indica, o dal giorno sia della morte del barone Vitale, sia del registro della medesima.

Sviluppo de' mezzi di annullamento compresi nella seconda proposizione.

§. IV. La disposizione dell' articolo 582 LL. CC., 661 Cod. civile è illimitata ed indefinita. Non v' ha differenza tra il caso, in cui nel muro, che vuol rendersi comune, sianvi delle finestre, comecchè da oltre 30 anni; ed il caso in cui non siavene alcuna. Non è di ostacolo al diritto del proprietario in contiguità, che vuol renderlo comune, la circostanza di essere stato costruito sotto le antiche Leggi. Particolari che concorrono nella specie. D' onde si fa manifesto l' error grave della G. C. civile nell' aver negato a Pasculli il dritto di acquistar la comunione della parte superiore del muro in contesa.

La G. C. civile non paga di aver risguardata quella dichiarazione del barone Vitale come efficace ed influente nella causa contro di Pasculli, che era un terzo, in guisa che da essa ne desume l' appartenenza esclusiva del muro agli eredi Rota; passa a maggiori eccessi, e vituperevolmente violando le leggi protettrici della proprietà, ed il quasi contratto risultante dalla contiguità fra più proprietarii di fondi contigui, nega financo a Pasculli il diritto a render comune la parte del muro in contesa, collo sborso del prezzo della metà del suo valore.

Dimentica la G. C., nascere dalla contiguità nel proprietario di un muro, contiguo al fondo altrui

la obbligazione di venderne al vicino la comunione, ove questi voglia appoggiarvi alcuna fabbrica. * Dimentica, che una tal deroga al dritto di proprietà è ordinata dalla Legge a favore e garentia del dritto stesso, e che quindi la violazione di tale ordinamento racchiude in se un attentato alla proprietà.

E di tante dimenticanze ed aberrazioni toglie pretesto dalla circostanza, che nel muro in contesa eranvi de' *lumi ingredienti*. Sicchè ritenendo non potersi rendere comune un muro, allorchè v' ha in esso de' lumi ingredienti; induce tra il muro cieco ed il muro avente aperture una differenza, che le antiche e nuove leggi riprovano.

Cum eo qui tollendo obscurat vicini aedes, nulla competit actio, dice Ulpiano nella L. IX. De servit. praed. urb. E concordano le LL. XXVI D. De Damn. infect.; VIII, e IX C. De Servit. et aq.

In Francia, prima che il Codice civile si fosse promulgato, disputavasi se il vicino potesse acquistar la comunione del muro, per chiudere capricciosamente le aperture che vi fossero, senza che avesse ad appoggiarvi alcuna sua fabbrica.

Alcune consuetudini, e la Giurisprudenza di alcuni parlamenti, gli arresti de' quali son rammentati

* Potier Contratto di Società, II. appendice n. 247.

da DESGODETS, sembrava che il negassero. La nuova Giurisprudenza però, come ne accerta GOUPY, era per l' affermativa. Ed egli a questo proposito rapporta un' ultimo arresto pronunziato a ruota chiusa nell' udienza della grande camera nel dì 12 luglio 1670 sulle conclusioni dell' avvocato generale TALON, col quale in favore del signor Perot fu ordinato, *che le vedute, che uno de' suoi vicini aveva secondo gli usi e la consuetudine di Parigi in un muro a quegli solo appartenente* (cioè al vicino) *sul giardino del signor presidente Perot; rimanessero chiuse, rimborsandosi dal detto Perot al vicino la somma di* 2, 000 *lire, prezzo della metà del muro*, *QUANTUNQUE NON AVESSE DISEGNO DI COSTRUIRVI DI RINCONTRO.* Un tale arresto è rammentato ancora da SOEFVE tom. II cent. 4, cap. 51; e nelle note di AUZANET, e di LAURIER sull' art. CC della Consuetudine di Parigi.

Ma che che sia di ciò, non dubitavasi punto, che le vedute sistenti nel muro, potevano esser soppresse ed oscurate dal vicino, il quale ne comprava la comunione per appoggiarvi le sue fabbriche.

Concordi erano su questo punto la consuetudine del NIVERNESE * quella di CHALONS **, quella di MAN-

* Cap. X, art. IX.
** Art. CXXXVII.

TES * quella di MEAUX, quella di PARIGI ** ed altre molte. E tutti gli arresti citati per DESGODETS, quello del 24 novembre 1617, quello del 24 maggio 1624, quelli de' 15 febbrajo 1635 e 16 marzo 1641, e quello finalmente del 22 giugno 1651, oltre l' ultimo del 12 luglio 1670, adottarono il sistema delle Consuetudini.

Sotto l' impero poi del Codice Civile, nel quale per altro presso che trasfuse veggonsi le disposizioni consuetudinarie, è colpa grave il dubitare soltanto, che possansi interchiuder le finestre che si rinvenissero nel muro, dal vicino che ne chiede la comunione, comecchè ivi praticate prima dell' acquisto della comunione stessa.

Ed in vero la disposizion dell' art. 661 Cod. Civ., 582 LL. CC. è generale ed illimitata, nè distingue tra i muri, che eran comuni al momento dell' apertura delle finestre, e quelli che lo son divenuti in appresso. Dal ravvicinamento poi di quell'articolo all' art. 676 Codice Civile, 597 LL. CC., scorgesi manifestissimo, il pensiero del legislatore essere stato quello di dettare una regola indefinita ed illimitata; poichè altrimente avvenir non potrebbe, che il proprietario di un muro non comune contiguo al fondo

* Art. XCVI.

** Art. CXCVIII.

altrui potrà formare nel muro delle luci o finestre, * ed ogni proprietario in contiguità di un muro ha la facoltà di renderlo comune in tutto o in parte. **

Nè sarebbe di ostacolo la circostanza di essere trascorsi oltre i 30 anni da che le finestre fossero aperte. *** Il lasso di 30 anni niente ha potuto aggiugnere al dritto che avea il vicino, il quale ha aperte quelle finestre; poichè il suo dritto era pieno e perfetto sin dal principio, in virtù della sola disposizion della Legge. La prescrizione non ha potuto correre, perchè il vicino non poteva impedir l'esercizio di quel dritto, ed era d'altronde una pura facoltà da sua parte l'acquistare o no la comunione; or gli atti di pura facoltà non danno luogo nè a possesso nè a prescrizione. *In actibus*, son le magistrali parole del Molineo, *qui dependent a libera facultate unius, qui potest facere vel non, ac certum modum servare vel non, abstinentia vel observantia certi et determinati modi, quantumcumque diurna, non censetur implicare contrarium usum, nec inducit desuetudinem vel praescriptionem ad alium modum utendi.* ****

* Art. 676 Cod. civ. 597 LL. CC.

** Art. 661 Cod. civ. 582 LL. CC.

*** V. Pardessus Trattato delle servitù, n. 155.

**** Sull'art. 1 della Consuetudine di Parigi gloss. IV, n. 15.

Tanto dunque è lungi di non potere il vicino acquistar la comunione del muro, allorchè in esso vi ha delle aperture; che se 30 anni e più fossero trascorsi dall'apertura delle finestre, non avrebbe perciò egli perduto il dritto di acquistarne la comunione, e chiuder le finestre ivi esistenti.

In compruova di che non ispiaccia ascoltare le parole del MERLIN: *Abbiamo osservato: che sotto l'antica Giurisprudenza assai era controverso, se potevasi acquistare, sia la comunione di un muro non comune, sia la comunione del rialzamento di un muro comune, senza appoggiar le fabbriche al muro stesso; e se, ciò fatto, potevasi far chiudere le finestre, che eranvisi aperte prima dell'acquisto della comunione.* MA SOTTO IL CODICE CIVILE L'AFFERMATIVA È INCONTESTABILE SULL'UNO COME SULL'ALTRO PUNTO.

Lo stesso autore soggiugne così essere stato giudicato. Ed a questo proposito egli cita l'arresto della Corte di Cassazione della Francia del 1. dicembre 1813 nella causa tra Payet e Chauson, su cui gìova brevemente intrattenersi.

Dolevasi Chausson che la Corte di Lione dando plauso alla sentenza de' primi giudici avea conceduto a Payet far comune il muro di cui disputa-

vasi, mediante lo sborso della metà del suo valore, ed ordinato chiudersi le finestre, che in quello trovavansi aperte; e gli argomenti, che da lui proponevansi a censura della decisione della corte di Lione, erano dello stesso conio di quelli, che ora gli eredi Rota vanno affastellando in sostegno della decisione della G. C. civile di Napoli.

Si diceva per Chausson, che non dovevasi la controversia decidere col Codice Civile; ma coll'art. 194 della Consuetudine di Parigi: che il Codice Civile non ancora erasi pubblicato, allorchè quelle aperture furon fatte; che non poteva poi Payet, quando anche avesse potuto, a suo malgrado, acquistare la comunione del rialzamento del muro in disputa; avere acquistato altresì il dritto di chiuder le finestre aperte in quel muro, allorquando a lui solo apparteneva. Soggiungnevasi: aprendo egli quelle finestre nel muro, in un'epoca in cui egli solo ne era proprietario, avere usato di un dritto espressamente riconosciuto e consagrato dall'art. 676 del Codice Civile; l'art. 675 disporre, che uno de' vicini non può senza il consenso dell' altro fare nel muro comune alcuna finestra o apertura, di qualunque maniera siasi, anche con inferriate fisse; ma la sua disposizione non potere evidentemente applicarsi che

alle aperture fatte nel muro di già comune; essere evidentemente straniera alle aperture esistenti anteriormente all' acquisto della comunione.

Queste cose andava narrando Chausson; ma la Corte di Cassazione rigettò il suo ricorso sulle seguenti considerazioni.

« Atteso che la disposizione dell'art. 660 del co-
» dice civile è generale ed indefinita; atteso che per
» concedere al vicino la facoltà di acquistare la co-
» munione del muro immediatamente contiguo al suo
» fondo, non distingue se il detto muro è stato co-
» struito prima o dopo la promulgazione del detto
» Codice; d' onde seque, che giudicando conforme-
» mente al detto articolo, la corte di appello di Lio-
» ne ne ha fatta una giusta applicazione alla specie,
» e non ha potuto contravenire ad alcun' altra legge;

Simigliantemente decise la stessa Corte di Cassazione nella causa tra Delamarche e Seloup; comecchè in quella specie il proprietario del rialzamento del muro, in cui eranvi delle finestre, solennemente protestasse al vicino, che ne chiedeva la comunione, che momentanea era la loro durata; mentre le avrebbe chiuse allo spirar dell' affitto dell' inquilino che in quella sua casa abitava.

La Corte di Cassazione con arresto del di 5

dicembre 1834 censurò acremente la corte di appello di Parigi, la quale aveva rigettata l' inchiesta di Leloup.

» Veduti gli art. 660 e 675 codice civile. (ec-
» co i ragionari di quell' arresto) Attesocchè risul-
» ta dal ravvicinamento di questi due articoli, che
» il ricorrente aveva un dritto attuale e positivo, per
» chiedere, che la comunione del muro rialzato da
» Delamarche, si dichiarasse acquistata a suo profitto
» per l' offerta che gli faceva di rimborsare metà del
» valore del rialzamento del muro; e che aveva per
» conseguenza il dritto di chiedere, che tutte le
» finestre ed aperture fatte in quel muro da De-
» lamarche fossero chiuse a sue spese;

» Attesocchè niuna eccezione scritta nella legge
» autorizzava la corte Reale a differire, al termine
» della locazione, l' esercizio di un dritto che non
» poteva essere nè modificato nè sospeso da alcuna
» considerazione; che, ciò facendo questa cor-
» te, ha ecceduto i limiti de' suoi poteri, crea-
» ta una eccezione che la legge non consagrava, e
» per conseguenza violati gli articoli del codice pre-
» citati.

Sicchè in Francia la Giurisprudenza, unisona agl' insegnamenti degli scrittori, tien fermo, che la

disposizion dell' art: 661 codice civile sia illimitata, e che in niun modo il vicino possa essere impedito dal comprare la comunion del muro per la circostanza, che in esso sianvi delle finestre, le quali rimarrebbero oscurate con l' appoggio delle fabbriche.

Dalle quale cose tutte apparisce assai più grave l' errore della G. C. civile nel negare un tal diritto a Pasculli, sotto l' imperio delle LL. CC., le quali nell'art. 597 espressamente permettono al vicino, che ha acquistato la comunione, di *chiuder le finestre appoggiandovi il suo edifizio.*

Aggiungasi a tutto ciò, che in quelle stanze degli eredi Rota, che quel muro cingeva, altre due finestre portavan luce; le quali, comecchè dal Santoro, crediam noi per celia, vengan chiamate *lucernari*; è costante nondimeno dalla perizia, l' una di esse aver la lunghezza di palmi 3 e l' altezza di palmi 3 1/2, e l' altra l' altezza di palmi 2 1/2 e la lunghezza di palmi 5.

§.V. Altro grave errore della G.C. civile nell'indurre la esistenza di una servitù a carico dell'edificio di Pasculli dalla circostanza di esser le finestre sistenti nel muro in contesa, sfornite d'inferriate e d'invetriate fisse; elevando a titolo di questa servitù la dichiarazione privata del barone Vitale.

La G. C. civile considerò, che non potevasi, *senza offendere il dritto del domino rendersi comune* il muro in contesa, *poichè i lumi rinvenutivi non sono di quella natura di cui parla l'articolo 597 LL. CC. non avendo inferriate ed invetriate fisse, ma sono di quella natura che induce servitù.* Con che essa volle dire, che essendo dalle leggi vietato far delle aperture nel muro comune, senza apporvi le inferriate ed invetriate fisse, qualora accada che il vicino ne soffra in suo pregiudizio la esistenza, senza mai sollecitarne la chiusura; queste aperture acquistano il carattere di servitù.

E così di tutte le cose fatte osservare dai periti questa sola la Gran Corte rammenta, cioè che le aperture erano sfornite d'inferriate, e d'invetriate fisse: ed obblia, o forse finge obbliare, che quelle aperture non avevano nè cantoni di pietra dura di assetto, nè architrave, nè travertino, nè sporto alcuno; e che per palmi 10, e 10 3/4 elevavansi al disopra del pavimento delle camere; d'onde qualsiesi veduta veniva esclusa.

Or se il non aver sollecitato la chiusura di aperture sfornite d'inferriate e d'invetriate, fa, secondo la Gran Corte, supporre un'acquiescenza del vicino all'esercizio più esteso del dritto del proprietario del muro; quando le aperture, sebbene non avessero inferriate, pure e per la loro natura e per la loro elevazion del pavimento annunziassero più limitato il dritto dal proprietario del muro; si chiamerà acquiescenza ad una servitù il silenzio del vicino? Ed avrà egli per questo suo silenzio, che niuno interesse aveva a rompere, perduto il dritto a chiuder dopo comprata la comunione, quelle aperture, che la legge espressamente gli permette di chiudere, quando sono costruite in maniera da attestare un diritto più esteso nel proprietario del muro?

Ma siavi pure in questo caso acquiescenza all'esercizio più esteso che altri ha fatto del suo dritto; perchè questa acquiescenza abbia a produrre una servitù, fa mestieri che o la destinazion del padre di famiglia, trattandosi di una servitù continua ed apparente; o la prescrizione; od infine un titolo soccorra.

La G. C. civile non potendo infingere di non sentire una tal difficoltà, e non trovando nella specie nè la destinazion del padre di famiglia, nè la prescrizione; a man franca invoca il presidio del ti-

tolo per dare all' acquiescenza il carattere derivante da una servitù. E come titolo invoca quella dichiarazione del barone Vitale del 1806, colla quale costui vendette a Rota il diritto sulla porzion del muro laterale corrispondente sulla stalla (la quale che attualmente a Pasculli appartiene) colla facoltà di farvi altre aperture e finestre, senza che egli o i suoi eredi e successori glielo potessero impedire.

E così quella stessa dichiarazione del barone Vitale che non potè prima persuader la Gran Corte a negare a Pasculli il dritto di far comune il muro; poichè essa considerò nella sua precedente decisione del dì 22 giugno 1832: » Attesocchè in rapporto al » dritto, che subordinatamente intende di esercitar » Pasculli, non è opposta veruna cosa fondata. Le » servitù, che si assumono costituite, e che solo » interdir potrebbero l' esercizio dell' accennato drit- » to, non sono che in semplice assertiva, ed ognu- » no intende, che avrebbero bisogno di pruove ener- » giche ed ineluttabili; » * questa stessa dichiarazione, dicevamo, diviene in un tratto agli occhi della stessa G. C. civile un titolo costitutivo di servitù.

Ma dimandiamo noi alla Gran Corte: da quan-

* V. nelle narrative la terza considerazione della decisione del dì 22 giugno 1832.

do in quà si è inteso, esser titolo costitutivo di servitù una carta, che non proviene dal proprietario del fondo serviente, e proviene invece dal proprietario del fondo dominante? Se ciò fosse vero, ciascuno potrebbe foggiarsi a suo talento de' titoli, che più gli servissero, senza che il consenso del proprietario del fondo serviente vi accedesse.

Noi confessiamo di aver sinora apparato, che titolo per istabilire una servitù sia ogni atto, emanato però dal proprietario del fondo serviente. Ed invero nell' art. 616 LL. CC., 695 Codice civile, è detto, che mancando il titolo costitutivo della servitù non vi si può supplire altrimenti, che per via di un titolo, il quale contenga la ricognizione della servitù fattane DAL PROPRIETARIO DEL FONDO SERVIENTE.

Ove dunque quella dichiarazione del barone Vitale avesse potuto fare stato contro Pasculli per dimostrare la esclusiva appartenenza del muro agli eredi Rota; lo che per altro è impossibile, come abbiam dimostrato; essa non poteva giammai riguardarsi qual titolo costitutivo di servitù, per impedire a Pasculli, dopo comprata la comunion del muro, il dritto a chiuder colle sue fabbriche le finestre in esso sistenti.

§. VI. V' ha nella specie destinazion del padre di famiglia per l'apertura delle finestre nel muro in contesa ?

Diffidando gli eredi Rota, che la impugnata decisione regger potesse alla severa censura della Corte Suprema, ricorrono ad altri trovati, peggiori per altro di quello imaginato dalla G. C. civile; la quale col suo silenzio li ha rigettati; e da prima in quella dichiarazione del barone Vitale dicono contenersi la destinazion del padre di famiglia, la quale per le servitù continue ed apparenti equivale a titolo.

Con che essi confessano, che malamente la G. C. civile abbia riguardata quella dichiarazione come un titolo costitutivo di servitù; mentre titolo costitutivo di servitù è l'atto che emana dal proprietario del fondo serviente. Quì una sola risposta:

L' art. 614 LL. CC. 693 Cod. civ. dice: » Non » vi è destinazione del padre di famiglia, se non » quando sia provato, che i due fondi attualmente » divisi appartenevano allo stesso proprietario, E » CHE SIENO DA LUI STATE POSTE LE COSE NELLO STA» TO, DAL QUALE RISULTA LA SERVITU'.

Ora stando a quella stessa impugnata dichiarazione del barone Vitale si avrà, che una sola delle finestre in disputa esisteva nel 1805, allorchè il dritto su quel-

la porzione di muro dicesi essere stato venduto agli eredi Rota.

§. VII. Si dimostra, che quando anche fosse trascorso il tempo per la prescrizione, che ancor s'invoca dagli eredi Rota in sostegno della pretesa servitù, la prescrizione non avrebbe avuto luogo.

Per gli eredi Rota si ricorre anche alla prescrizione, quasi all'ancora della salute nel vicino naufragio, che pur troppo temono.

Noi senza arrestarci a dimostrare, che nel 1805, epoca dell'incominciato giudizio, non erasi compiuto il tempo per la prescrizione, e che gli eredi Rota non l'hanno in alcuna guisa provata; sì che la stessa Gran Corte per niente attese a questa loro deduzione; vogliam concedere che il tempo della prescrizione si fosse compiuto. Ed anche in questo caso sostenghiamo, che, colui il quale ha acquistato con un possesso di trenta anni il dritto di tenere aperte delle finestre nel suo muro in una forma diversa da quella prescritta dalle leggi, non ha perciò solo acquistato una servitù di veduta sul suo vicino.

Non seguendo che le regole del dritto, scrive Dalloz, *noi siamo indotti ad abbracciar l'opinio-*

ne di Toullier *e* Merlin, *i quali pensano, che la prescrizion del dritto di veduta non impedisce il vicino di fabbricare in maniera da oscurar le vedute colle sue costruzioni. È di principio che non si prescrive, se non quanto si è posseduto* : tantum praescriptum, quantum possessum. *

Nè l'autorità solo degli Scrittori, ma la giurisprudenza benanche chiamiamo a garante della verità per noi rammentata.

Il signor Carpentier possedeva nella Città di Amiens una casa, il di cui cortile per un muro medio di 9 a 10 piedi era separato dalla vicina casa appartenente a Morand. Avendo Carpentier voluto far rialzare il muro medio per appoggiarvi delle fabbriche, Morand vi si oppose, perchè una veduta obliqua che egli aveva a sei pollici circa di distanza dal muro medio, da tempo immemorabile, rimaneva oscurata interamente per quel rialzamento. Carpentier si limitò da prima a negare il possesso di Morand : ma essendo stato provato, i primi giudici con sentenza del 2 dicembre 1808 gli proibirono d'innalzare il muro. Sull'appello ritenne la Corte di Amiens nelle

* Giurisprudenza del Sec. XIX Vol. XXV. voc. Servitù, Sez. III Art. IV n. 22.

sue considerazioni, che Morant secondo le disposizioni dell' antica Consuetudine di AMIENS avesse acquistato la mercè di un possesso di più di 30 anni e della prescrizione il diritto di mantener le finestre alla distanza in cui erano dal muro comune, e che quindi Carpentier non poteva obbligarlo ad arretrarle o a chiuderle; ma considerò inoltre:

» Che si tratta di sapere, se dal perchè Morand » ha con il possesso di più 30 anni prescritto il di» ritto di conservare le finestre nel luogo dove esse e» sistevano, ne siegue che nell' istesso tempo acqui» stato avesse contro Herbet-Carpentier il diritto d' im» pedire a costui d' innalzare il muro comune, cioè » a dire la servitù rigorosamente chiamata in dritto » *de non altius tollendo.*

» Che da una parte le leggi Romane e tutte le » nostre antiche Consuetudini fanno una grandissi» ma differenza fra queste due specie di servitù; che » d' altra parte la prescrizione contro l' uso di una » pura facoltà non corre che dal giorno in cui si » è giudiziariamente o almeno formalmente contra» detto ed impedito l' esercizio; che la Consuetudi» ne d' AMIENS non spiega in alcuna maniera la na» tura del possesso necessario per caratterizzare ed » in seguito acquistare questa servitù, *de non al-*

» *tius tollendo*; in maniera che niente prova che la
» libertà lasciata a Herbet-Carpentier d' innalzare il
» muro comune sarebbe contraria alle disposizio-
» ni dell' antica Consuetudine d' Amiens; mentre è
» certo che sarebbe violare apertamente l' art. 658,
» del Codice civile, se si volesse impedire Herbet-Car-
» pentier d' innalzare il muro commune e di usare
» del dritto che questa disposizione gli accorda,
» specialmente se lo fa, come egli dichiara, per co-
» struire.

Ricorse per annullamento il signor Morand contro di questa decisione.

Il dottissimo Merlin portò le sue conclusioni in questa causa a pro della decisione, e sì luminose e giuste furono le sue argomentazioni; che la Corte rigettò il ricorso con suo arresto del 10 gennajo 1810.

Noi non possiamo fare a meno di trascriverne per tenore le principali:

Il diritto acquistato dal signor Morand (ei diceva) *la mercè di un possesso di* 30 *anni* (*di tenere aperte le finestre nel suo edificio ad una distanza minore di quella, che la consuetudine di Amiens prescriveva*) *costituisce forse per Morand una servitù sull' edificio di Herbet-Carpentier? No evidentemente.*

La legge naturale lascia a ciascuno la libertà di fare sul proprio fondo ciò che gli piace; e non importa, che usando così della sua libertà nuoccia al suo vicino; finchè per l'uso ch'egli ne fa non commetta alcuna usurpazione sul fondo del suo vicino, costui non può lagnarsi.

(Qui ei rammenta le disposizioni delle antiche leggi della Francia, per le quali la libertà naturale, che ciascuno ha di aprir delle finestre nel muro che gli appartiene, venne ristretta e limitata; e poi soggiugne :)

Che facevano le antiche leggi restringendo così la libertà naturale, assoggettando ciascun proprietario che voleva aprir delle finestre nel proprio edificio all'osservanza di certe distanze, all'adempimento di alcune condizioni? Esse facevano ciò che fa oggi il Codice civile; aggravavano ciascun proprietario di una servitù verso il suo vicino, poichè è aggravarlo di una servitù l'impedirgli di fare sul suo fondo ciò che gli è permesso per dritto naturale; il che è si vero, che gli art. 676, 677, 678 *e* 679 *del Codice civile son posti sotto la rubrica delle servitù stabilite dalla legge.*

Così nella nostra specie il signor Morand era as-

soggettato verso il signor Herbet-Carpentier ad una servitù, in virtù della quale costui avea il diritto di opporsi quante volte egli aprisse sul suo proprio fondo delle vedute oblique ad una distanza minore di due piedi.

Ma il signor Morand ha potuto liberarsi da questa servitù in due maniere, o per convenzione, o per prescrizione.

Ha potuto liberarsene per convenzione, dappoichè ha potuto comperare dal signore Herbet-Carpentier il diritto di aprire delle vedute oblique non solamente a 6 pollici, ma più vicine ancora al muro medio che li separava.

Ha potuto liberarsene per prescrizione, poichè nella Consuetudine d' AMIENS, *come da per ogni dove, ed ancora in quelle Consuetudini che non permettevano di acquistar servitù, se non con titoli, poteva ciascuno liberarsi dalle servitù con un possesso contrario prolungato per 30 anni, e gli art. 706 e 707 del Codice civile ci dicono che si può far lo stesso oggigiorno.*

Ora questo precisamente il signor Morand ha fatto. Che il possesso in cui egli si trovava al momento, in cui si è elevata la contestazione, cui si è posto termine con l'arresto che

egli vi denunzia, supponga o no una convenzione fra lui ed il signor Herbet-Carpentier; sempre è certo, che questo possesso continuato per più di 30 anni abbia non già intieramente estinta, ma alleviata in suo favore la servitù legale, cui egli era gravato verso il suo vicino; e che gli abbia conferito il dritto di avere nel suo proprio fondo a 6 pollici solamente di distanza dal suo vicino delle finestre laterali, che non avrebbe potuto, senza questo possesso, avere se non alla distanza di due piedi.

Ma acquistar per prescrizione sia lo scioglimento intero, sia il semplice alleviamento di una servitu' passiva, da cui uno é gravato verso il suo vicino, é acquistare una servitu' attiva contro il vicino medesimo? Val ciò acquistare il dritto d'impedire il suo vicino di fare sul suo proprio fondo ciò, che gli é permesso per diritto naturale?

É dimandare in altri termini, se colui, che ha prescritto la liberazione di un debito abbia per ciò solo prescritto un credito sopra colui, contro il quale la prescrizione é corsa a suo vantaggio? É dimandare in altri termini, se per effetto della prescrizione il debitore cessi

DI ESSER TALE E DIVENGA INOLTRE CREDITORE? E SICURAMENTE NON VI È ALCUNO, CHE OSASSE SOSTENER L' AFFERMATIVA.

Supponiamo, che nella nostra specie il signor Morand non abbia solamente prescritto il diritto di aver delle finestre sul proprio fondo a 6 pollici di distanza da quello di Carpentier; ma che abbia prescritto anche il dritto di aver delle finestre sulla linea che congiunge immediatamente il muro medio tra il suo vicino e lui.

In questa ipotesi il signor Morand si troverà totalmente liberato, con la prescrizione, dalla servitù legale da cui il suo fondo è gravato verso il suo vicino: egli si troverà rimpiazzato per la prescrizione nei termini del dritto naturale, che permette a ciascuno di fare sul suo proprio fondo tuttociò che vi creda a proposito.

Ma allora ancora il signor Herbet-Carpentier potrà dire al signor Morand: il dritto, che voi avete sul vostro fondo, io l' ho egualmente sul mio. Come proprietario liberato dalla servitù che vi era imposta dalla legge in mio favore; voi potete aprire delle finestre nel muro che congiunge immediatamente il mio edifizio; ed io come proprietario originariamente libero del mio edifizio posso

innalzare il mio muro tanto in alto quanto mi conviene. Che usando così del mio dritto io vi privi delle vedute di cui avete finora goduto sul mio fondo, ciò è indifferente. Le vedute di cui avete finora goduto sul mio fondo, non ne avete goduto a titolo di servitù, ma in virtù del dritto che avete di fare sul vostro fondo ciò che vi piace, e per conseguenza di aprir delle finestre nel vostro proprio muro. Queste vedute adunque non v'autorizzano ad impedirmi, che io ancora usi come più mi piaccia della mia proprietà.

Di pessimo conio dunque è il trovato della prescrizione, di cui gli eredi Rota andaron favellando anche innanzi alla Gran Corte; e perchè essi non avevan dimostrato un possesso di 10 anni anteriormente alle nuove leggi, o di 30 anni posteriormente alla promulgazion di esse; e perchè anche provato un tal possesso, avrebbero essi prescritta la servitù legale, alla quale eran soggetti verso di Pasculli, nonmai di ricambio acquistata avrebbero una servitù ***ne luminibus officiatur*** a danno di Pasculli stesso.

* Quistioni di Dritto, Vol. XIV, voc. Servitù §. 3.

§. VIII. Una parola sull' opposto giudicato.

Vedendo, i signori Rota, che gli argomenti da essi posti innanzi in sostegno della decisione della Gran Corte non sian bastanti ad arrestare la grave censura, di cui la Corte Suprema vorrà colpirla, cercano inventarne degli altri; ma con ciò altro non fanno che render più trista la loro causa.

Essi asseriscono, che la servitù di cui fan parola, è garentita da un giudicato *racchiuso nella precedente decisione non impugnata del* 21 *giugno* 1833, *la quale implicitamente decise, che laddove la nuova fabbrica, che intendeva fare Pasculli, oscurava in tutto o in parte le finestre, non era giusto permetterlo.*

A prescindere, che le considerazioni di una decisione non costituiscono giudicati; a prescindere, che è nuova la teorica dei giudicati impliciti in una considerazion della decisione; a prescindere, che la considerazione della Gran Corte, di doversi vedere, *se le fabbriche, che al muro menzionato voglionsi appoggiare, rendono oscure in tutto o in parte le finestre di Rota*, si riattaccava alla parte della dispositiva, colla quale fu ordinata una nuova perizia; a prescindere, che avendo Pasculli impugnata la de-

cision definitiva niuno interesse avea ad impugnar la preparatoria; a prescindere da tutto ciò, dicevamo; se fosse vero, che quella considerazione racchiude in se un implicito giudicato; altro giudicato racchiuderebbero ancora le poche parole che precedono: *attesocchè convien conoscere colla maggior possibile precisione la qualità delle finestre, se sieno di prospettiva o di lume ingrediente, e sfornite di cantoni di pietra dura*; per le quali paroli, seguendo la teorica de' giudicati impliciti, avrebbe a dirsi, che la *Corte abbia implicitamente deciso, che laddove le finestre non fossero di prospettiva, nè fornite di cantoni di pietra dura, sarebbe giusto chiuderle.*

Sviluppo de' mezzi di annullamento compresi nella terza proposizione.

§. IX. La G. C. civile non poteva mai negare a Pasculli il dritto di render comune il dippiù del muro, nel quale non eranvi aperture.

È impossibile raggiugner colle parole l' eccesso di potere commesso dalla Gran Corte nel negare a Pasculli il dritto a render comune quella parte del muro, in cui non eranvi aperture. Imperciocchè vo-

lendo anche stare a quella illegale dichiarazione del barone Vitale, le servitù, che concedute si vogliono da Vitale a Rota, sarebbero meramente affermative per il dritto di aprire nel muro altre finestre, oltre quelle già esistenti, nè trovandosi una special concessione di servitù negativa. Ma ognun sa, che il solo titolo non conferisce il dritto *in re*, fra le cui specie si annoverano le servitù; ma fa d'uopo ancora, che in quelle dette affermative concorra la quasi tradizione, ossia il fatto dell'esercizio da parte del fondo dominante, e della tolleranza da parte di quello serviente. Or se altre finestre, oltre le controverse, non trovansi aperte nel resto del muro; non poteva mai la Gran Corte rifiutare a Pasculli il dritto ad acquistar la comunione del muro stesso per tutta quella parte di lunghezza ed altezza, ove non vi erano aperture.

Ma la G. C. neppure una parola spende su di ciò, quasichè indegna pur di risposta si fosse la pretesa del Pasculli.

È ridevole poi il sentire dagli eredi Rota, che la dimanda di voler acquistare la comunione di una parte del muro è assolutamente nuova, e quindi non può *esser censurabile la G. C. civile, per non aver provveduto su di ciò che non le s'è chiesto.* Imperciocchè, se Pasculli aveva chiesta la comunione

dell'intera parte superiore del muro, in essa comprendevasi e quella dove eranvi le finestre, e quella dove non vi erano.

E più ridevole ancora il sentire, che invano si duole di ciò il Pasculli, perchè non ha saputo indicare quali articoli di legge la Corte abbia violati. Noi vogliamo contentare il loro desiderio col dirgli, che la G. C. ha violato precisamente l'art. 582 LL. CC., comecchè, quando non si da a ciascuno ciò che gli appartiene, si violano tutte le leggi e divine ed umane, ed il rammentarne gli articoli sarebbe impossibile.

Conchiusione.

Se la G. C. nella impugnata decisione col dichiarare la esclusiva pertinenza del muro in contesa a favor dgli eredi Rota, in virtù della privata dichiarazione del barone Vitale, ha erroneamente interpetrato gli art. 1276, 1282, e violato l'art. 2081 LL. CC., contradicendo anche il fatto permanente:

Se col negare a Pasculli il diritto a render comune il muro pagando il prezzo della metà del suo valore, dichiarata anche la esclusiva pertinenza in favor degli eredi Rota, ha vituperevolmente conculcato l'art. 582 LL. CC.:

Se cogliendo pretesto a ciò fare dalla esistenza delle finestre ha malamente interpretati gli art. 582, 597 LL. CC.:

Se così dicendo, perchè le finestre non avevano invetriate fisse, ha fatto strano governo del pensiero del legislatore indicato negli articoli 597, 598 LL.CC.:

Se elevando a titolo la scrittura privata del barone Vitale, per sostenere l'acquiescenza onde induceva la servitù, ha stranamente interpetrato l'art. 611 LL. CC.:

Se tutte le altre fallacie poste in campo dagli eredi Rota per impedir la rovina della decisione, non reggono al martello della Legge:

Se negando la Gran Corte a Pasculli sino il dritto di render comune il muro, in quella parte ove non eranvi finestre, ha violato in specie l'art. 582 LL. CC., in genere poi le leggi tutte divine ed umane, che comandano dare a ciascuno ciò che gli appartiene;

Noi abbiamo fermissima speranza, che la Corte Suprema di giustizia vendicando tanti oltraggi fatti alla Legge voglia, che una tal decisione venga cancellata dagli annali del Foro.

Antonio Staraco.
Vincenzo Villari.